# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 29. juni 1988 *

*Høje Domstol*

## A — Faktiske omstændigheder

1. Også i dette tilfælde har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (herefter benævnt »sagsøgeren«) anlagt sag mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber (herefter benævnt »sagsøgte«) med påstand om, at Rådet ved en af sine afgørelser ikke har anvendt korrekt hjemmel.

2. Sagsøgte har den 7. april 1987 vedtaget en afgørelse om indgåelse af den internationale konvention om Det Harmoniserede Varebeskrivelses- og Varenomenklatursystem, samt af ændringsprotokollen hertil [1]. Skønt sagsøgeren i sit forslag [2] til Rådet havde anvendt EØF-Traktatens artikel 113 som hjemmel, ændrede sagsøgte dette under henvisning til Traktatens artikel 149 og baserede sin afgørelse på artiklerne 28, 113 og 235 i EØF-Traktaten.

3. Den internationale konvention om Det Harmoniserede Varebeskrivelses- og Varenomenklatursystem blev vedtaget af Toldsamarbejdsrådet i juni 1983. Den skal erstatte Bruxelles-toldnomenklaturen fra december 1950 og anvendes på bl. a. international handelsstatistik og transportstatistik. Konventionens generelle formål er at fremme international handel.

4. Ved siden af de materielretlige bestemmelser indeholder konventionen en institutionel ordning, hvorefter Udvalget for Det Harmoniserede System samarbejder med Toldsamarbejdsrådet om gennemførelse af ændringer til konventionen efter en forenklet procedure og om udarbejdelse af forklarende bemærkninger, tariferingsudtalelser og andre udtalelser samt rekommendationer for at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af Det Harmoniserede System.

5. I Udvalget for Det Harmoniserede System har såvel Det Europæiske Økonomiske Fællesskab som — for så vidt angår Det Europæiske Kul- og Stålfællesskabs produkter — Fællesskabets medlemsstater sæde. Fællesskabet og medlemsstaterne har dog kun én stemme til sammen i Udvalget.

6. Konventionen indeholder ikke toldsatser.

7. Efter sagsøgerens opfattelse har sagsøgte handlet retstridigt, idet den anfægtede afgø-

* Oversat fra tysk.

1 — Rådets afgørelse 87/369/EØF af 7. april 1987 om indgåelse af den internationale konvention om Det Harmoniserede Varebeskrivelses- og Varenomenklatursystem, samt af ændringsprotokollen hertil, EFT 1987 L 198, s. 1.

2 — EFT 1984, C 120, s. 2

relse må anses som en handelspolitisk foranstaltning som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 113.

8. Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Rådets afgørelse 87/369/EØF af 7. april 1987 om indgåelse af den internationale konvention om Det Harmoniserede Varebeskrivelses- og Varenomenklatursystem, samt ændringsprotokollen hertil annulleres;

— Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgeren har dog foreslået, at konventionen af retssikkerhedsmæssige grunde forbliver i kraft i henhold til Traktatens artikel 174, stk. 2, også for så vidt angår samhandelen i Fællesskabet.

9. Sagsøgte har påstået sig frifundet og sagsøgeren tilpligtet at betale sagens omkostninger.

10. I min gennemgang af sagen vil jeg alene behandle parternes relevante anbringender og argumenter. I øvrigt skal jeg henvise til retsmøderapporten.

**B — Stillingtagen**

11. I min gennemgang af sagen vil jeg først behandle spørgsmålet om hjemmel til at vedtage afgørelsen om konventionen ud fra oprettelsen af toldnomenklaturen. Jeg vil derefter behandle problemerne i forbindelse med varestatistik.

1. *Hjemmel til indgåelse af en konvention om en toldnomenklatur*

12. I henhold til artikel 3, litra b), i EØF-Traktaten indebærer Fællesskabets virke, at der indføres en fælles toldtarif. En fælles toldtarif består af to hovedelementer, en varebeskrivelse (toldnomenklatur) og de tilsvarende toldsatser.

13. En gennemgang af artiklerne 18-29 i EØF-Traktaten, der vedrører oprettelsen af Den Fælles Toldtarif i Fællesskabet, viser, at de indeholder bestemmelser om tilnærmelse af medlemsstaternes toldsatser, og endvidere at Den Fælles Toldtarif skal være gennemført i sin helhed senest ved overgangsperiodens udløb. Endvidere fastslås i artikel 28, at Rådet træffer beslutning om alle autonome ændringer eller suspensioner af toldsatser i Den Fælles Toldtarif. Derimod indeholder dette kapitel i Traktaten ingen udtrykkelig bestemmelse om, på hvilken måde og af hvem Den Fælles Toldtarif i sin helhed og især toldnomenklaturen skal udformes.

14. Med henblik på oprettelsen af Den Fælles Toldtarif i overgangsperioden var en tilsvarende kompetenceregel unødvendig, da Den Fælles Toldtarif i henhold til artikel 19 ff. skulle afledes af toldtarifferne i Fællesskabets fire toldområder, hvor satserne, selv om de var forskellige, dog alle beroede på konventionen af 15. december 1950 om Nomenklatur til Klassifikation af Varer i Toldtariffer. Medlemsstaternes forpligtelser i henhold til denne konvention er overtaget af Fællesskabet, som fastslået af Domstolen i dom af 19. november 1975 i sag 38/75[3]; Fællesskabet var bundet af denne konvention som af konventionen af samme dato om oprettelse af et toldsamarbejdsråd. Følgelig anvendte Fællesskabet ved den første oprettelse af Den Fælles Toldtarif denne såkaldte »Bruxelles-nomenklatur« og udstedte den tilsvarende forordning i henhold til artiklerne 28 og 111 i Traktaten[4].

15. Selv om der ikke udtrykkeligt var indeholdt en kompetence i artikel 28 eller 111 til oprettelsen af en toldnomenklatur, gik Rådet ud fra, at der forelå en sådan kompetence. Artikel 28 og artikel 113 — sidstnævnte afløste artikel 111 ved overgangsperiodens udløb — giver Rådet kompetence til at ændre toldsatserne. *Toldsatser kan imidlertid ikke anvendes uden en toldnomenklatur.* Følgelig omfatter de nævnte bestemmelser i Traktaten nødvendigvis også hjemmel til i Fællesskabets navn at overtage den af medlemsstaterne i 1950 tiltrådte Bruxelles-nomenklatur, som en nødvendig udvidelse af kompetencen (komplementærbeføjelse) til at ændre satserne.

16. Efter udløbet af overgangsperioden er de årlige forordninger om ændring af Den Fælles Toldtarif[5] og på samme måde Rådets afgørelser om ændring af nomenklaturen, hvorved Toldsamarbejdsrådets rekommandationer er blevet gennemført[6], blevet udstedt i henhold til Traktatens artikler 28 og 113.

17. Når det således er muligt i Fællesskabet at vedtage en toldnomenklatur for de autonome toldsatser på grundlag af Traktatens artikel 28 og for de aftalte satser på grund lag af artikel 113, opstår derefter det spørgsmål, hvilken traktatbestemmelse der er korrekt hjemmel til indgåelsen af en folkeretlig aftale om en ensartet toldnomenklatur for både de autonome og de aftalte toldsatser.

18. Efter sagsøgtes, dvs. Rådets, opfattelse er konventionen ikke et handelspolitisk instrument, da den hverken har til formål eller til følge at ændre Fællesskabets udenrigshandelsvolumen. Da den imidlertid berører fællesskabsbestemmelser som Den Fælles Toldtarif, der er udstedt i henhold til Trak-

3 — Domstolens dom af 19. november 1975 i sag 38/75, Nederlandse Spoorwegen mod Inspecteur der invoerrechten en accijnzen, Sml. s. 1439, 1450.

4 — Rådets forordning (EØF) nr. 950/68 af 28. juni 1968 om Den Fælles Toldtarif, JO 1968 L 172, s. 1.

5 — Den Fælles Toldtarif blev ændret første gang ved forordning (EØF) nr. 1/71 af 17. december 1970 om ændring af forordning (EØF) nr. 950/68 om Den Fælles Toldtarif, JO 1971 L 1, s. 1.

6 — Se f. eks. afgørelserne af 14. juni 1977 og af 18. december 1978, EFT 1977 L 149, s. 17 og EFT 1979 L 6, s. 23.

tatens artikler 28 og 113, skal den ifølge Domstolens dom af 31. marts 1971 i sag 22/70[7] indgås med den samme retlige hjemmel, som de pågældende fællesskabsbestemmelser, nemlig Traktatens artikler 28 og 113.

19. Sagsøgeren har erkendt, at anvendelsesområderne for artiklerne 28 og 113 delvis overlapper hinanden. Da artikel 113 må anses som den generelle regel, skal artikel 28 fortolkes restriktivt. Når en foranstaltning har et handelspolitisk formål, falder den ind under artikel 113 og ikke under artikel 28.

20. Indførelsen af en fælles toldtaif og en fælles handelspolitik over for tredjelande er en af Fællesskabets vigtigste funktioner. Dette følger af placeringen af denne forpligtelse i Traktatens system, dvs. i artikel 3, litra b). Indførelse af en fælles toldtarif forudsætter nødvendigvis oprettelse af en toldnomenklatur. Bestemmelserne om oprettelse af Den Fælles Toldtarif findes i Traktatens Anden Del (Fællesskabets grundlag), Afsnit I, Frie varebevægelser, Kapitel 1, Toldunionen, Anden Afdeling, Oprettelse af Den Fælles Toldtarif.

21. Jeg skal først for så vidt angår oprettelsen af Den Fælles Toldtarif bemærke, at den i forbindelse hermed anvendte toldnomenklatur allerede forelå, nemlig Bruxellesnomenklaturen af 15. december 1950, som blev anvendt i Fællesskabets oprindelige fire toldområder, og som Fællesskabet var bundet af, jfr. Domstolens praksis.

22. Traktatens fædre er naturligvis ikke gået ud fra, at den således oprettede toldtarif var uforanderlig. Derfor har de bl. a. overdraget *Fællesskabet* beføjelsen til at indgå toldaftaler. Toldaftaler indeholder naturnødvendigt ikke blot toldsatser, men også en toldnomenklatur. Ellers kan der slet ikke fastsættes toldsatser. Det er ganske naturligt, at toldaftaler er nævnt i Traktatens artikel 113, idet toldaftaler, der som nævnt omfatter toldnomenklatur og -satser, indgås mellem Toldunionen »Det Europæiske Økonomiske Fællesskab« og tredjelande. For så vidt angår toldnomenklaturer anvender Fællesskabet på grund af de givne omstændigheder en multilateral procedure. En autonom fastsættelse af en toldnomenklatur var ganske vist i teorien mulig, men er det ikke længere, da Fællesskabets medlemsstater — og *Det Europæiske Økonomiske Fællesskab* som indtrådt i medlemsstaternes retlige forpligtelser — er bundet af internationale aftaler på området. Som følge heraf er Traktatens artikel 28 ikke anvendelig på dette område hverken ifølge dens ordlyd eller i realiteten. I artiklen omtales kun *toldsatser*, ikke nomenklaturen. Derfor kan kun artikel 113 komme i betragtning som hjemmel for oprettelsen af en ny toldnomenklatur på grundlag af internationale forhandlinger.

7 — Dom af 31. marts 1971 i sag 22/70, Kommissionen mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 1971 s. 41.

23. At Traktatens artikel 113 nødvendigvis må indeholde en kompetence for Fællesskabet til at indgå en aftale om toldnomenklatur, fremgår af følgende overvejelser. Det er ubestridt, at Traktatens artikel 28 indeholder hjemmel til ændring af autonome toldsatser, når dette sker af grunde, der angår Fællesskabet internt og ikke har sammenhæng med den fælles handelspolitik. Med indførelsen af den fælles handelspolitik efter overgangsperiodens udløb må det antages, at den i artikel 113 indeholdte kompetence til ændring af toldsatserne er en generel regel, som i vidt omfang fortrænger reglen i artikel 28, der i Traktaten er placeret i afdelingen om oprettelsen af Den Fælles Toldtarif i tidsrummet frem til overgangsperiodens udløb. Endelig omtaler artikel 113 ikke alene ændring af aftalte toldsatser, men af toldsatser i almindelighed. Denne opfattelse støttes af dom af 6. marts 1987 i sag 45/86 [8], hvori Domstolen har fastslået, at Traktatens artikel 113 er den korrekte hjemmel ved indførelse af det generelle præferencesystem for varer med oprindelse i udviklingslande. Toldsuspensioner for industrivarer er i hvert fald en autonom foranstaltning, der ikke beror på traktatmæssige forpligtelser, hvilket Rådet for kort tid siden har bekræftet ved behandlingen af sag 51/87 [9].

24. Dette resultat ændres ikke af, at medlemsstaterne i Den Europæiske Fælles Akt har ændret affattelsen af artikel 28, således at ændring af autonome toldsatser nu kan ske ved en forenklet procedure, svarende til proceduren i artikel 113. Ganske vist indebærer denne ændring — der ikke kan finde anvendelse i denne sag — ved den herved foretagne tilnærmelse af procedurereglerne, at spørgsmålet om afgrænsningen mellem artiklerne 28 og 113 fremtidig bliver uden betydning. En løsning på dette spørgsmål er dog nødvendig i denne sag.

25. Når en ændring af toldsatser afhængigt af formålet falder ind under enten artikel 28 eller artikel 113, og når artikel 113 derudover især omfatter afslutning af toldaftaler, finder jeg det nærliggende, at disse aftaler bl. a. må vedrøre ikke-tarifær toldret, herunder altså også aftaler om udformning af toldnomenklaturen.

26. Men når der, som påvist, foreligger en udtrykkelig kompetence for Fællesskabet til at indgå *aftaler* om toldnomenklaturen, en kompetence, der er forbundet med en bestemt procedure — vedtagelse i Rådet med kvalificeret flertal — er det derefter ikke længere muligt at ty til en stiltiende residualkompetence, som på ingen måde omtaler indgåelse af aftaler, og som på det i denne forbindelse afgørende tidspunkt kun kunne anvendes, såfremt der var enstemmighed i Rådet.

27. Såfremt artikel 113 ikke fandtes, kunne det ganske vist tænkes — ved en vid fortolkning af artikel 28 sammen med principperne i dommen af 31. marts 1971 i sag 22/70 [10] — at Fællesskabet havde en kom-

8 — Dom af 26. marts 1987 i sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493.

9 — Sag 51/87, Kommissionen mod Rådet, forslag til afgørelse, fremsat den 29. juni 1988, Sml. 1988, s. 5459, 5468.

10 — Samme sted, præmis 15-19.

petence til at indgå konventionen; denne »implicite kompetence«, som Domstolen har fastslået i den nævnte dom, må dog være subsidiær og vige for en kompetence, der udtrykkeligt fremgår af Traktaten, især når den implicite kompetence indebærer en mere besværlig beslutningsprocedure.

28. For så vidt angår den del af konventionen, der vedrører varebeskrivelser (toldnomenklatur), finder jeg det følgelig ikke korrekt at anvende Traktatens artikel 28 som hjemmel.

2. *Anvendelse af EØF-Traktatens artikel 235 i forbindelse med toldnomenklaturen*

29. Traktatens artikel 235 kan heller anvendes som hjemmel til at indgå konventionen for så vidt angår toldnomenklaturen. Anvendelsen af artikel 235 er, som det fremgår af dens *ordlyd*, og som Domstolen har fastslået i *dommen* af 6. marts 1987 i sag 45/86, kun berettiget, når ingen andre bestemmelser i Traktaten giver Fællesskabsorganerne den fornødne hjemmel til at vedtage den pågældende retsakt. Da der som påvist foreligger tilstrækkelig hjemmel i artikel 113 til vedtagelse af toldnomenklaturen, kan artikel 235 ikke anvendes.

3. *Hjemmelen for statistiknomenklaturen*

30. Sagsøgte har gjort gældende, at Traktatens artikel 235 skal anvendes som hjemmel for den del af konventionen, der omhandler statistik, da den berører Den Statistiske Varebeskrivelse for Fællesskabets Udenrigshandel og Handelen mellem Dets Medlemsstater (Nimexe). Forordningen herom har Rådet vedtaget i henhold til artikel 235 [10]. Herimod har sagsøgeren gjort gældende, at konventionen ikke indeholder regler om statistik over samhandelen mellem medlemsstaterne. Derimod tjener regler for udenrigshandelsstatistikken til gennemførelse af handelspolitikken, da de giver oplysninger om udviklingen i handelsmønstre og virkningen af de anvendte handelspolitiske instrumenter.

31. Det kan ikke bestrides, at en nomenklatur til udarbejdelse af udenrigshandelsstatistikken falder ind under området for den fælles handelspolitik. Den er grundlaget for informationer om udviklingen i internationale handelsforhold og virkningen af Fællesskabets handelspolitiske instrumenter. En sådan nomenklatur er så tæt forbundet med de eksempler, der uden at være udtømmende er opregnet i artikel 113, stk. 1, at den uden tøven må betegnes som en del af den fælles handelspolitik.

32. En sådan nomenklatur kan meget vel have faktiske virkninger for statistikken over samhandelen mellem medlemsstaterne. Der er imidlertid ikke tale om retsvirkninger — og Domstolens dom af 31. marts 1971 i sag 22/70 [11] drejer sig kun om sådanne virkninger. Når Fællesskabets organer også anvender systemet »af nemhedshensyn« for statistikken over samhandelen mellem medlems-

10 — Samme sted, præmis 15-19.

11 — Rådets forordning (EØF) nr. 1445/72 af 24. april 1972 om statistisk varefortegnelse for Fællesskabets udenrigshandel og for samhandelen mellem dets medlemsstater, JO 1972 L 161, s. 1.

staterne, sker anvendelsen i henhold til en autonom retsakt [12], som på ingen måde har retlig sammenhæng med konventionen om Det Harmoniserede system.

33. Man kan heller ikke drage slutninger vedrørende samhandelen i Fællesskabet på grundlag af reglerne om udenrigshandelsstatistikken, når henses til fællesskabsorganerne, selv om de har fået kompetence til at føre den fælles handelspolitik, dog ikke regulerer samhandelen mellem medlemsstaterne, der i det væsentlige er reguleret i selve Traktaten, især i bestemmelserne om frie varebevægelser. Også af denne grund virker det lidet overbevisende at drage retroaktive slutninger vedrørende kompetencen til at oprette en toldnomenklatur under henvisning til, at toldnomenklaturen for udenrigshandel også anvendes på statistikken for samhandelen mellem medlemsstaterne.

34. Jeg mener derfor heller ikke, at anvendelsen af Det Harmoniserede System på statistikken over samhandelen mellem medlemsstaterne berettiger til, at Traktatens artikel 235 kan anvendes som hjemmel.

4. *Opretholdelse af afgørelsens retsvirkninger*

35. Såfremt det herefter er nødvendigt at annullere den anfægtede afgørelse, medfører dette ikke ændringer i den folkeretlige situation, idet Fællesskabet på grund af godkendelsen af konventionen, der i mellemtiden er trådt i kraft, forbliver bundet heraf. Dette følger af principperne i den almindelige folkeretlige traktatret, som den er kommet til udtryk i f. eks. artikel 46 i Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om Traktatretten, og artikel 46 i Wiener-konventionen af 21. marts 1986, som er retningsgivende for internationale organisationers indgåelse af traktater. Ganske vist er Fællesskabets godkendelse givet under tilsidesættelse af dets interne procedureregler vedrørende kompetence til indgåelse af traktater, men denne tilsidesættelse har ikke været åbenbar for konventionens øvrige kontraherende parter. Følgelig kan Fællesskabet ikke påberåbe sig dette overfor sine traktatpartnere.

36. Da den folkeretlige forpligtelse herefter stadig består, findes det unødvendigt at fastslå, at den annullerede afgørelses virkninger i henhold til Traktatens artikel 174, stk. 2, betragtes som bestående. Det vil dog ikke være til skade, såfremt det fastslås af klarhedshensyn.

## C — Sammenfatning

37. Jeg skal herefter foreslå, at Domstolen giver sagsøgeren medhold og tilpligter Rådet at betale sagens omkostninger.

12 — Rådets forordning (EØF) nr. 3367/87 af 9. november 1987 om anvendelsen af Den Kombinerede Nomenklatur på statistikken over samhandelen mellem medlemsstaterne og om ændring af forordning (EØF) nr. 1736/75 om statistik over Fællesskabets udenrigshandel og over samhandelen mellem dets medlemsstater, EFT 1987 L 321, s. 3.